

## **AS OPORTUNIDADES PROCESSUAIS DE DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA**

---

**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO\***

*Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará/UFC,  
Professor de Processo Civil na Faculdade de Direito do Recife/UFPE e Vice-  
Presidente do TRF da 5ª Região*

O deferimento (mediante prévio pedido da parte) ou a concessão de ofício (sem postulação expressa) da tutela antecipada é *afazer estrito do poder jurisdicional do Juiz em que se revela a forte influência do direito material sobre o agir do Magistrado; essa incidência do direito material sobre a relação processual é clássica na conformação do processo civil e tão decisiva que pode determinar o indeferimento liminar da petição inicial (arts. 267, I e 295, II, III e IV do CPC) ou a extinção imediata do processo (art. 267, IV e VI do CPC).*

Nessas referidas hipóteses, resta claro que o Juiz realiza, *ainda que sumarissimamente*, uma incursão crítica na relação jurídica substancial e, se verifica desde logo que o pedido é inviável (em sentido genérico) ou que não há motivo para o impulsionamento do processo, estanca-o já no seu nascedouro: *trata-se de medida que atende precipuamente ao interesse da Justiça, por permitir que não se envolva a sua estrutura em ações sem a menor razão de ser (inconsistentes), de tal modo que o seu eventual desenvolvimento seria pura e completa perda de tempo e de recursos materiais, sempre tão escassos.*

Essa atividade sumaríssima do Juiz encarta-se na função judicial que capta o pedido ou a causa de pedir pelo seu lado *negativo*, enquanto o deferimento ou a concessão antecipada da tutela capta o pleito do autor pelo seu lado *positivo*; em ambos os momentos estará o Juiz exercendo a cognição incidente da própria *relação de direito material* e fazendo-a determinante de comportamento processual.

Se o Juiz detecta que não há razão para ser instaurado o processo, corta imediatamente a iniciativa do autor; e por qual motivo, se verificar que pode atender de logo ao seu pedido, haveria de submetê-lo ao longo e custoso trâmite processual?

É sob essa perspectiva que se dará a compreensão da *natureza antecipatória* da medida prevista no art. 273 do CPC, imbricando-a com o direito material e a *prematuridade do seu atendimento dentro do processo*.

Com efeito, *antecipar* significa promover ou causar um fenômeno *antes* do momento previsto ou em que ele seria esperável, ou seja, no plano processual, implica a noção de *abreviamento* ou de *aviamento* da fruição imediata de um direito material *que, em princípio, somente mais tarde seria usufruível, após a conclusão da cognição, com a edição da sentença definitiva*.

Segundo essa análise, por conseguinte, pode-se dizer que será *antecipada* a decisão judicial de mérito sempre que for proferida ou dada *antes da sentença final (que é o momento esperável para a solução da lide), mas sem esgotar as forças do processo, sem empecer a sua marcha regular e as suas possibilidades ulteriores, no mesmo grau de jurisdição, quer dizer, sem exaustão da atividade cognitiva do Juiz*; em tais casos, há uma *duplicidade formal* de decisões no feito, a primeira *antecipada (provisória)* e a outra *maturada (definitiva)*.

A *antecipação da tutela* tem na sentença, portanto, o marco cronológico referencial que lhe dá a nota singular, institui a sua especificidade e lhe confere essa qualidade ou distinção, *daí denotar alguma impropriedade o falar-se em decisão antecipada que eventualmente se defira ao mesmo tempo em que se profira a sentença final*, embora não haja, do ponto de vista jurídico, qualquer inconveniência nessa cumulação; haveria, apenas, uma desimportante inadequação de

ordem denominativa, já que as duas decisões estariam materialmente confundidas no mesmo provimento.

Entretanto, para se permanecer *fiel* à natureza antecipatória da medida, seria de melhor entendimento que se reservasse a denominação (*tutela antecipada*) somente para as concessões *anteriores à sentença* (qualquer que seja o momento processual do seu deferimento ou da sua concessão).

Apenas para se evitar imprecisão e para não se ter como *antecipada* a tutela que foi dada juntamente com a sentença, será melhor afirmar-se que não seria qualificada como *antecipada* a tutela que fosse outorgada ao mesmo tempo da sentença, *inclusive porque com ela se confundiria*, como já se demonstrou; feita essa observação, deve ser reiterado que *não há óbice algum a que a tutela seja dada juntamente com a decisão final da lide*.

Identificar o momento processual da aplicação da tutela antecipada constitui tarefa que remete o investigador ao exame da *finalidade* dessa medida, bem como à atualização da *mecânica do processo*, agora sob a macroinfluência das normas constitucionais de garantia; se o intérprete afastar a relevância dessas normas, submeter a sua eficácia às *formas rotinizadas* dos procedimentos tradicionais ou à interpretação a partir da compreensão das regras legais que lhe são inferiores, certamente terá muitos percalços até para aceitar a introdução desse instituto na legislação processual.

## **1. A Concessão de Ofício da Tutela Antecipatória**

A concessão de tutela antecipada *independentemente de pedido expresso da parte*, ou seja, como que *de ofício* pelo Juiz que preside o processo, não se conforma, no rigor das coisas, nas *oportunidades processuais* de aplicação desse instituto, configurando-se

mais como uma *circunstância do seu regime procedimental*, a merecer menção por causa da amplitude dos poderes do Juiz, no processo civil contemporâneo.

Não há dúvida consistente quanto à assertiva de que o deferimento da tutela antecipada se encarta no chamado *princípio dispositivo do autor*, daí se admitir, mas não sem a opinião adversa de alguns doutrinadores, que se trata de provimento que *sempre depende de pedido expresso da parte*.

Essa orientação excluiria, assim, a possibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada, que sempre dependeria de *requerimento da parte*, como prelecionam os mestres, dentre os quais o Ministro Teori Albino Zavascki (*Tutela Antecipada*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 103) e o Professor Sérgio Sahione Fadel (*Antecipação da Tutela no Processo Civil*, São Paulo, Dialética, 1998, p. 24), aqui referidos por todos os outros.

A afirmação é atraente, máxime se se tiver em conta que o provimento antecipatório produz efeitos imediatos e concretos na esfera de interesses jurídicos do réu, em razão da força de sua efetivação, podendo-se aceitar que a parte acionada *tenha o direito subjetivo de não ser constrangida pela decisão judicial, a não ser quando (e se) o autor a postular nos casos e forma legais* (art. 2º do CPC).

Mas, sem embargo disso, se há de considerar que tal providência envolve interesse público relevante, pertinente à solução mais rápida e econômica das demandas, de modo que se deveria, pelo menos em princípio, *afastar* a indeferibilidade do provimento antecipatório de ofício, para se aceitar que, sendo *múltiplas* as oportunidades de sua obtenção, igualmente se expandam as possibilidades de sua atuação, atentando-se para as singularidades de cada caso e sempre em favor da efetividade da jurisdição.

Ademais, sendo a antecipação da tutela *apenas e somente* o atendimento prematuro do pedido do autor (que não terá mais de aguardar o longo trâmite do feito e a edição da decisão final), *será logicamente legítimo afirmar que a petição inicial sempre conterá a postulação da tutela, de modo que a conceder sem pedido expresse não seria de modo algum similar ao atendimento de um pleito não formulado.*

Essa parece ser a orientação adotada pelo Ministro Luiz Fux, ao analisar a tutela antecipatória tal como posta na Lei 8.952/94, quando critica ter o *legislador nacional desperdiçado a oportunidade de enfrentar com coragem e ousadia a questão da inércia jurisdicional*; para o ilustre Magistrado, *a atuação ex officio do Judiciário (...) é consectário do dever geral de segurança que se ancora nos poderes instrumentais do Juiz, para prestar a atividade substitutiva (Tutela de Segurança e Tutela de Evidência, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 338).*

Destarte, se a jurisdição for compreendida como a atividade assecuratória dos direitos das pessoas, não haverá qualquer dúvida em admitir-se a concessão de ofício de tutela antecipada, *bastando que na inicial da ação, ou em outro momento posterior do processo, se torne evidente a presença das condições legalmente exigidas para aplicação do instituto.*

Nesse sentido, a própria iniciativa do autor, ao formular o pedido, *já alberga a postulação de tutela, ainda que não venha expressa em termos explícitos.*

## **2. O Deferimento Liminar do Pedido de Antecipação de Tutela**

A noção de *tutela antecipada* (art. 273 do CPC) não se confunde e nem corresponde à de *tutela liminar* ou *tutela liminarmente deferida*; quando se fala em *tutela antecipada*, se está aludindo ao provimento judicial que o Juiz defere *antes da decisão final da lide*,

enquanto a *tutela liminar* ou a *tutela liminarmente deferida* pertine ao provimento ou medida judicial sem a prévia ouvida da parte adversa (*inaudita altera parte*).

A doutrina jurídica não é pacífica quanto a poder (ou não) o Juiz *deferir liminarmente a antecipação da tutela pedida pelo autor*, sendo vários e da maior autoridade os pronunciamentos dos mestres em sentido contrário, como também há decisões judiciais com esse mesmo conteúdo, *seguramente por influência do art. 797 do CPC, que só autoriza a concessão de medidas cautelares sem a audiência da parte, em casos especiais*.

Por certo a alegação de que a *tutela antecipada* refugiria ao conceito de *medida cautelar*, para assim escapar ao art. 797 do CPC, talvez não seja bastante para se admitir tal efeito, pois seria inegável a objeção de que, *se na mera cautelaridade (que não viabiliza solução substantiva), se impõe a prévia ouvida da parte contrária, com muito mais razões se a haveria de exigir na antecipação da tutela, que abrevia a solução da lide, inclusive em razão da força de efetivação imediata*.

Destarte, a justificativa da concessão de tutela antecipada *liminar*, sem a audiência da parte promovida, *não se encontra e nem se inspira em outros fatores senão na atual necessidade de valorização máxima da jurisdição*, nos casos em que é manifesta a proteção que ao pedido se pode deferir, em face da prova inequívoca trazida aos autos do processo e da verossimilhança das alegações expostas.

A não-pacificidade quanto a este assunto se apóia em várias (quicá majoritárias) lições de eminentes mestres do Direito Processual, dentre os quais se destacam o Professor Calmon de Passos (*Inovações do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 13), o Professor Sérgio Bermudes (*A Reforma do CPC*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 36) e o Professor Sérgio Sahione Fadel (*Antecipação da Tutela no Processo Civil*, São Paulo, Dialética, 1998, p. 53).

A jurisprudência dos tribunais também revela, em muitos casos, essa mesma orientação (TRF da 3ª Região, AgReg 13.493, Rel. Juiz Sinval Antunes; TJRJ. Ag. 4.266, Rel. Des. Miguel Pachá, RevTJRJ 32/240; TJMT, AgIn 6.380, Rel. Des. Barros Filho, RT 735/359), *mas será indispensável a análise caso-a-caso de cada processo, para se detectar a necessidade urgente (ou não) do deferimento liminar de tutela antecipada.*

Contudo, há igualmente notáveis posicionamentos em prol da admissão do provimento antecipatório *liminar*; como explana o eminente Professor Francisco Queiroz Cavalcanti, da UFPE, aduzindo este raciocínio:

Se urgente o deferimento da medida de antecipação de tutela, sob pena da possibilidade de ocorrência de grave ou irreparável dano, a mesma deve ser assegurada liminarmente (ou seja, antes da ouvida do réu), ouvindo-se, em seguida, aquele. (*Inovações no Processo Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 50)

O ilustre mestre mineiro Humberto Theodoro Júnior também sustenta esse mesmo ponto de vista:

A inovação mais importante instituída pela Lei 8.952. de 1994, foi, sem dúvida, a que autoriza o Juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola. (*As Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 11)

Em outro estudo de igual relevo doutrinário, o eminente mestre de Minas Gerais acentua que, *com efeito, a providência de que se cuida pertence ao grande campo das medidas liminares já conhecidas e adotadas de longa data em nosso processo civil e que sempre admitiram deferimento in limine litis; o que fez o art. 273 do CPC. em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais, para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde*

*que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei ("Tutela de Segurança", RevPro nº 22, São Paulo, RT).*

Seria contrário ao *movimento pró-efetividade* da jurisdição submeter a concessão da tutela antecipada ao requisito da prévia ouvida da outra parte, *mas isso não importa em admitir que possa ser prodigalizada sem apreço aos seus requisitos específicos*; contudo, presentes que se achem esses requisitos, há de ser admitido, sem maiores percalços, o deferimento dessa medida independentemente da pré-ouvida da parte adversa, *para se prestar ao postulante o atendimento tempestivo e útil a seu pleito.*

Em síntese, o *deferimento liminar* de tutela com teor antecipatório dos efeitos do provimento final importaria numa execução à garantia constitucional do contraditório e somente se justifica nos casos emergenciais (necessidade urgente), *quando for evidente que o tempo a se consumir na ouvida da outra parte fará periclitar o direito a ser protegido, sendo este da mesma envergadura daquel'outro.*

Por conseguinte, pode-se dizer que fora de um contexto emergencial devidamente caracterizado, não será cabível a concessão da tutela antecipatória *inaudita altera parte*, simplesmente porque não haverá *necessidade* de assim agir o Julgador: *critério da liminaridade é a necessidade.*

### **3. A Antecipação da Tutela após a Citação e a Resposta do Réu**

Se o autor *não pediu* na sua inicial a antecipação da tutela, ou se a pediu e o Juiz processante não a concedeu, por ausência de qualquer dos seus pressupostos, *não há empecilho algum a que o promovente renove a postulação após a citação ou a resposta do réu ou quando os pressupostos da tutela se fizerem presentes, qualquer que seja a fase processual*, desde que antes da sentença.



Renovada, no curso do processo, a postulação de tutela antecipada, poderá o Magistrado deferi-la, se a resposta do réu tiver trazido aos autos o elemento até então faltante; porém, até mesmo sem a apresentação de repetição do pleito, e mesmo que não tenha havido essa formulação *initio litis*, poderá o Juiz deferi-la, pois, nessa hipótese, terá havido apenas o *sobrestamento* da apreciação e da decisão do pedido de provimento antecipatório.

Em outros termos: não haverá inconveniente em que o Julgador *se reserve para apreciar e decidir o pedido de antecipação de tutela após a citação ou a resposta da outra parte, ainda que não inicie qualquer atividade probatória*, como também nada impede que a defira de ofício, considerando que o pedido do autor embute o de tutela em seu favor.

A conveniência da ouvida da parte ré resume-se tão-só e apenas ao objetivo de o Juiz convencer-se da higidez das alegações, diante da prova exibida; se esse convencimento já está presente no espírito do Julgador, *inexiste qualquer utilidade na iniciativa de ouvir a parte adversa, ou seja, será uma diligência de toda vã, eis que os elementos da convicção judicial já estariam pousados nos autos*.

Deve ser realçado, contudo, que a prova inequívoca a que alude o art. 273 do CPC só será *prévia ao processo*, nos casos em que o meio probatório for *documental*, tal como se dá na ação de mandado de segurança, mas nada impede, entretanto, que o Juiz só se convença da verossimilhança das alegações *após realizar uma instrução sumaríssima*, máxime quando se tratar de prova não-preconstituída.

Não se deve esquecer que o macrointeresse estatal no rápido e adequado desenvolvimento do processo confere ao Juiz *amplos poderes de iniciativa em matéria probatória* (art. 130 do CPC), a serem utilizados sempre que a deficiência da instrução, em face mesmo de atitude negligente das partes, deixá-lo em situação de perplexidade.

A iniciativa que se reconhece ao Juiz nesse terreno *encontra sua justificativa na necessidade de assegurar-se às partes a indispensável igualdade processual e também o escopo de promover o atendimento integral da postulação de direito material*, sem o que a atividade do Poder Judiciário seria inócua e carecedora de maior acatamento.

Calha trazer-se à reflexão a oportuna advertência da Professora Ada Pellegrini Grinover, a propósito da força do processo no asseguramento das liberdades e dos direitos das pessoas:

Vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas em juízo. Mas é indispensável que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa lealmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias em cuja ausência não pode existir o devido processo legal, inserido em toda Constituição moderna. (*As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, RT, 1973, p. 15)

Por conseguinte, nenhuma mácula tisonará o dever de neutralidade do Juiz quando este determinar a produção de provas, mesmo que as partes não a tenham postulado, *máxime quando se encaminha a sua iniciativa para o esclarecimento de situação de direito material em que se vislumbra cabível a concessão de tutela de garantia imediata*: a ouvida da parte promovida *só se fará se for necessária*, pois não o sendo nada empece ao Juiz atender o pedido de antecipação de provimento judicial ao autor, *logo ao despachar a inicial*.

#### **4. A Concessão Incidente da Tutela Antecipada**

Outra situação que tende a crescer e avultar de importância é a que diz respeito à possibilidade de o autor postular a concessão de tutela antecipada *quando já em pleno curso regular o processo de conhecimento*, ou seja, o pedido de tutela, fazer-se *incidentalmente*, tal como se dá com o pedido de medida cautelar (art. 796 do CPC).

Essa parece ser a opinião do mestre processualista Nelson Nery Júnior (*Atualidades sobre o Processo Civil*, São Paulo, RT, 1995, p. 58), para quem *a medida (tutela antecipatória) pode ser concedida, tanto no início da lide, como no curso do processo (op. cit., p. 58)*, mas desde que anteriormente à emissão da sentença, pela razão que já foi explanada.

Na verdade, a melhor compreensão do instituto da tutela antecipada é a que vincula a sua aplicação sistemática *independentemente* de microcircunstâncias temporais ou outras minimalidades do procedimento, sendo de relevo, primária e essencialmente, a constatação judicial da presença das suas condicionantes, *qualquer que seja a fase em que se encontre o feito, ainda que na instância superior*.

O mais comum será que a situação concreta que dá azo à tutela antecipada *seja preexistente* à promoção da ação, pelo menos naquelas hipóteses em que o provimento judicial tem conteúdo *essencialmente assecuratório* do direito invocado, mas não se pode excluir a eventualidade de tal situação emergir *durante o trâmite processual*, não se devendo afirmar que essa circunstância seja, por si só, empecilho ao exame e eventual deferimento da medida; por outro lado, quando o provimento tiver natureza mais marcadamente *sancionatória*, como quando tem por fundamento a *resistência obstinada do réu* (art. 273, II do CPC), parece fora de dúvida que a sua ocorrência há de ser mesmo possível *em qualquer fase do processo, inclusive na fase recursal*.

## **5. A Antecipação da Tutela na Prolação da Sentença Final**

Pode ocorrer (e freqüentemente ocorre) que durante todo o *iter* processual não se deferiu à parte o seu pedido de tutela para

efetivação imediata do direito, chegando o feito ao momento da sua decisão; *seria, ainda, oportuno atender-se a tal postulação?*

A resposta *negativa* toma em consideração apenas um dado de ordem essencialmente prática, em face da questão que poderia surgir quanto ao recurso cabível contra essa decisão.

Não há negar que o deferimento do pedido de tutela antecipada no mesmo ato da sentença cria uma *dificuldade formal* ao regular exercício do recurso contra essa decisão, já que o deferimento da tutela antecipada haveria de ser objeto de agravo (por se tratar de decisão intraprocessual) e a sentença haveria de ser objeto de apelação (por se tratar de provimento definitivo), segundo registra o Professor Luiz Guilherme Marinoni (*A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 61).

Essa discussão é, porém, estéril, porque não haverá nenhum problema se, caso a tutela seja antecipada *na sentença final*, contra ela se desafiar o recurso de apelação, já que a adequação processual do recurso cabível *decorre da decisão a ser impugnada* e não se impõe que o provimento judicial se conforme a esse ou àquele recurso futuro do interesse da parte.

Será necessário recordar que a adequação do recurso *depende* do efeito da decisão (art. 162, §§ 1º, 2º e 3º do CPC), *não do seu conteúdo*; por conseguinte, se a decisão judicial (qualquer que seja o seu conteúdo) pôs termo ao processo, *indiscutivelmente se tratará de sentença e o recurso próprio para adversá-la é a apelação* (art. 513 do CPC).

Pareceu ao douto Professor Teori Albino Zavascki que, no caso de a tutela antecipada ser outorgada *na própria sentença final*, somente se efetivaria o seu comando *se não se tratasse de decisão sujeita ao reexame necessário* (art. 475 do CPC) *ou se a apelação contra ela não*

*tivesse o efeito suspensivo (art. 520, fine, do CPC), para não se eliminar aquele privilégio do Poder Público, nem se frustrar a suspensividade própria do recurso apelatório (Antecipação da Tutela, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 81).*

A doutrina do eminente Ministro Zavascki reveste-se de legitimidade, por todos os títulos, sendo mesmo uma criteriosa construção de arguta percepção do instituto da tutela antecipada, visando dar-lhe a mais larga e efetiva aplicabilidade.

De acordo com o raciocínio do douto Ministro, se presente qualquer dessas circunstâncias (sujeição da sentença às forças do art. 475 do CPC ou apelação regida pelo art. 520, *caput*, do CPC), *não deverá ser admitida a concessão cumulativa da tutela antecipada com a sentença final, no mesmo ato judicial*, sendo preferível que as duas decisões fossem dadas em provimentos separados, *embora processualmente contemporâneos*.

Talvez este assunto não tivesse toda a relevância que aparentava, *pois seria incoerente (para dizer o mínimo) que o sistema processual admitisse a outorga da tutela initio litis (antes da conclusão da fase probatória) e rejeitasse a sua concessão ao final do processo (após a formação do juízo exauriente fundado na prova)*; a contradição intraprocessual seria de fácil solução, bastando que o raciocínio construtivo expusesse a contradição, superando-a definitivamente com os recursos da lógica jurídica.

De todo modo, esse problema terá perdido muito do seu interesse, com a edição da Lei 10.352/01, que acrescentou mais um inciso (o VII) ao art. 520 do CPC, *contemplando que não terá efeito suspensivo a apelação contra a sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela*.

O problema, no entanto, pareceria perdurar, pois a referida Lei 10.352/01 se aplica somente aos casos em que a sentença *apenas confirma* a tutela deferida antecipadamente pelo Juiz, deixando ao relento os casos em que o Magistrado, não a tendo deferido em momento anterior, *concede-a juntamente com a sentença*.

Contudo, não haverá diferença essencial entre o Juiz *confirmar*, na sentença final, os efeitos da tutela que já antecipara (em fase anterior do processo) e *conceder* esses mesmos efeitos no próprio momento de sentenciar ou, se houver alguma distinção, será de menor relevo, sobretudo se se considerar que, em ambos os casos, o relator do recurso de apelação, no Tribunal, poderá atribuir-lhe efeito suspensivo, a teor do art. 558, parágrafo único do CPC.

Dessa forma, estará resguardada, no Tribunal, a garantia do devido processo legal, que seria possivelmente o único óbice ou, pelo menos o óbice mais importante, para não se admitir a concessão de tutela na própria decisão final.

Um problema de maior complexidade seria o que diz respeito à competência do órgão judicial para examinar o pedido de tutela *após a emissão da sentença*, eis que o prolator da decisão final, com esse ato, *cumpriu e acabou o seu ofício* (art. 463 do CPC), pelo que estaria exaurido o seu poder jurisdicional *naquele feito* e, portanto, não lhe sobraria ensejo para decidir sobre a tutela.

Se o processo já se encontrar no Tribunal, será do relator do recurso apelatório a competência para apreciar o pedido de antecipação de tutela, podendo ser aplicado ao caso, por analogia, o art. 800, parágrafo único do CPC; *mas se o processo ainda se encontrar na instância de origem, mesmo já interposto o recurso de apelação, poderá o Juiz resolver o pedido de tutela, deferindo-o ou não, ou seja, mesmo depois da prolação da sentença de mérito, poderá o Juiz praticar ato de deferimento ou indeferimento do pedido de antecipação?*

Essa questão alude somente à competência do órgão judicial, porque o direito de a parte obter a tutela, quando presentes os seus requisitos, *depende só e somente dessa mesma presença, não importando o momento processual em que se ache o feito.*

## **6. A Tutela Antecipada no Segundo Grau de Jurisdição**

A procedibilidade do pedido de antecipação de tutela, *após a sentença final monocrática*, tem esbarrado em duas opiniões que não querem se conciliar: a) a primeira, abonada pelo acatado mestre Calmon de Passos, apregoa que a competência para a apreciação do pedido *permanece no juízo a quo*, por ser o competente para a execução, de acordo com o art. 575, II do CPC (*Comentários ao CPC*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 83); b) a segunda tese, prestigiada pelo Professor Nelson Nery Júnior, afirma que, com a sentença, o Juiz cumpre e acaba o seu ofício, a teor do art. 463 do CPC, por isso diz que a competência é do Tribunal (*Atualidades sobre o Processo Civil*, São Paulo, RT, 1995, p. 58).

O Professor Humberto Theodoro Júnior inclina-se por admitir que *a competência para apreciar o pedido de tutela antecipada, após a decisão final do feito, é do Tribunal a que cabe o conhecimento do recurso contra essa mesma decisão* ("Tutela Antecipada", in *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo, RT, 1997, p. 197), podendo-se afirmar que a *maioria* dos doutrinadores nacionais segue essa orientação; *contudo, a proeminência do Professor Calmon de Passos na formação do pensamento jus-processual brasileiro impõe com certeza que o seu magistério deva merecer máxima atenção.*

A diretriz preferível é a de que pertence à Corte de Apelação a cognição do pedido de antecipação de tutela, depois que o Juiz de

primeiro grau decidiu o feito, *a não ser que o processo ainda se encontre na instância a quo, caso em que lhe pertencerá a decisão da postulação.*

Nessa hipótese, caberia examinar duas situações igualmente possíveis: a) se o pleito recursal é formulado pela parte autora (*sucumbente no juízo primário*), não militará em seu favor a verossimilhança das alegações, tanto que, no grau inicial, não logrou convencer o Juiz da sua procedência; b) se o pedido recursal da parte autora (*vitoriosa no juízo primário*), é formulado na resposta ao recurso, deve ser considerado que o seu direito acha-se em *posição mais favorecida*, tanto que obteve acolhida na instância planicial.

Também importará identificar *qual a parte que figurou como autora da ação originária*, pois se terá de definir, no juízo recursal, se somente o autor primitivo pode ter acesso à antecipação de tutela no segundo grau ou se, pelo contrário, a parte que foi ré no juízo de origem também a poderá obter; convém frisar que a interposição do recurso de apelação *não inverte* a posição das partes na relação processual, pois se trata de um *prolongamento* da mesma ação.

A tendência que se observa, calcada na preocupação de evitar a prática de injustiça, indica que se o autor da ação originária obteve, no juízo de origem, a antecipação dos efeitos da tutela, sendo, porém, sucumbente na decisão final, ele poderá obtê-la novamente, no segundo grau, ao interpor a sua apelação; tal não poderá ocorrer, entretanto, se o autor não obteve a tutela de urgência na primeira instância e a decisão lhe foi adversa, porque, nesse caso, já haverá posições contra o seu direito e, assim, estará mitigada a sua alegação de verossimilhança.